

¿PROTECCIÓN SECTORIAL Y PROTECCIÓN CONSUMERISTA GENERAL? DE MINIMIS Y DE MAXIMIS. SOBRE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 59.2 DEL TRLCU¹

Encarna Cordero

Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El objeto de estas páginas es analizar la trascendencia y el significado de las nuevas reglas sobre el régimen contractual supletorio aplicable a los contratos con consumidores y, en relación con ello, también la prelación de fuentes entre el Derecho general y el especial/sectorial de consumo, incluido el derecho autonómico. Se estudian también las nuevas reglas que disciplinan la prevalencia entre las normas de consumo y las normas sectoriales que transponen directivas comunitarias de armonización.

Palabras clave: protección de los consumidores, fuentes del Derecho, Derecho de contratos, protección sectorial, directivas comunitarias, nivel mínimo de protección, nivel máximo de protección.

Title: ¿Special protection and general consumer protection? On minimum and maximum. The reform of article 59.2 of General Consumer Protection Act (RDLeg 1/2007).

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the importance and significance of the new subsidiary rules applicable to consumer contracts, and also the order of preference between general and special Consumer Law, including the regional Law. This article explains and comments the new order of preference between Consumer Law and other special Law adopted to comply with EU directives.

Key words: consumer protection, sources of Law, Contract Law, special Law, EU directives, minimum protection level, maximum protection level.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

SUMARIO: 1. El contexto de la reforma. 2. El sistema de fuentes del artículo 59.2 en materia de contratos con consumidores. 2.1. *Determinación del régimen supletoriamente aplicable a los contratos con consumidores.* 2.1.1. *Régimen anterior: supletoriedad de las «disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles».* 2.1.2. *Nueva regulación: supletoriedad del «derecho común aplicable a los contratos».* 2.2. *TRLCU vs. legislación especial y legislación sectorial.* 2.2.1. *Nuevas reglas sobre prelación de fuentes entre el Derecho general y especial/sectorial de consumo.* 2.2.2. *El TRLCU como régimen general de consumo desplazado por la legislación sectorial que transponga directivas de armonización plena.* 2.2.3. *TRLCU vs. legislación especial y legislación sectorial.* 3. De minimis y de maximis. 3.1. *El mandato de minimis de la norma reformada.* 3.2. *La prevalencia absoluta de normas sectoriales que transponen directivas de armonización plena.*

1. El contexto de la reforma

La Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE del 28), que modifica el TRLCU y otras leyes complementarias, tiene un triple objetivo:

- 1) El primero, y principal, transponer al Derecho español la Directiva 2011/83, de 25 de octubre², sobre los derechos de los consumidores. Pese al omnímodo título de la Directiva, su objeto no es disponer un régimen jurídico para los derechos de los consumidores, pues realmente sólo prevé una regulación que pretende ser completa para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento. Las únicas disposiciones que tienen un objeto más amplio, por afectar con carácter general a todos los contratos con consumidores, son las relativas al derecho de información (art. 5 de la Directiva), a la obligación de entregar la cosa vendida (art. 18 de la Directiva), a la transmisión del riesgo (art. 20 de la Directiva) y al régimen de determinados costes añadidos al precio (arts. 19, 22 y 27 de la Directiva).
- 2) En segundo lugar, la Ley 3/2014 también pretende adaptar nuestro Ordenamiento a la jurisprudencia del TJUE relativa a la imposibilidad de que el juez pueda modificar el contenido de una cláusula contractual declarada abusiva.
- 3) Por último, la Ley contiene disposiciones novedosas, no previstas en la Directiva 2011/83: por ejemplo, se ha aprovechado para reformar el régimen de prácticas comerciales del art. 19 TRLCU, también las oficinas y servicios de información al cliente (art. 21.2 y 3 TRLCU) y, asimismo, el sistema general de fuentes aplicable a los contratos con consumidores (art. 59.2 TRLCU). Ésta última norma constituye el objeto de esta nota.

Tras la reforma, la norma dice así:

² DOUE L 304, de 22 noviembre 2011.

«2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea.»

El tenor anterior del artículo 59.2 era el siguiente:

2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta Norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta Norma.

2. El sistema de fuentes del artículo 59.2 en materia de contratos con consumidores

2.1. Determinación del régimen supletoriamente aplicable a los contratos con consumidores

2.1.1. Régimen anterior: supletoriedad de las «disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles»

Desde su redacción inicial (inalterada hasta la Ley 3/2014), el objeto del artículo 59.2 del TRLCU ha sido determinar cuál ha de ser el régimen contractual supletorio para los contratos con consumidores (y, asimismo, como veremos en la parte final de esta nota, el carácter de mínimos que tiene la regulación contenida en el TRLCU para todo contrato sujeto a ley especial). Este régimen sobre fuentes causó cierta perplejidad, no ya porque esta regulación sobre fuentes se contuviese en una norma que se dice reguladora del «ámbito de aplicación» (que es el título del art. 59, que la reforma mantiene), tampoco sólo por el exceso en que incurrió el refundidor al introducir una norma sobre fuentes que carecía de precedentes en las normas de objeto de refundición. Lo sorprendente era la elección de la norma supletoria, comprensiva de «las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles». La amplitud con que se formulaba este régimen supletorio planteaba varias dudas interpretativas:

- La primera era determinar si la norma se refería a todas las reglas contractuales o sólo a aquéllas que pudiesen

considerarse régimen «general» aplicable a los contratos. Éste último fue el sentido que los comentaristas dieron al artículo 59.2 TRLCU en su redacción inicial³.

- En segundo lugar, había que resolver si el precepto se refería a las reglas generales que rigen los contratos tanto en la legislación civil como mercantil, o si, por el contrario, se refería a las disposiciones legales (generales) aplicables a los contratos (sean civiles o mercantiles). Existen diferencias abismales entre ambas interpretaciones. De acuerdo con la primera, habría que convenir con quienes criticaron la referencia a la legislación mercantil, pues las disposiciones generales sobre los contratos mercantiles contenidas en el Código de Comercio no coinciden siempre con las reglas contractuales generales del Código Civil que, además, son supletorias de las mercantiles⁴. Habría que estimar, además, que la inadecuada referencia a la legislación mercantil sólo puede estar justificada en el intento de salvaguardar la unidad de mercado en la pugna entre títulos competenciales concurrentes⁵. Estos inconvenientes no se plantearían en la segunda interpretación, conforme a la cual la norma no estaría determinando la supletoriedad de las normas civiles y mercantiles, sino de las reglas (generales) sobre contratos, aplicables a los contratos civiles y mercantiles. De acuerdo con esta interpretación –que es la que consideramos más adecuada y ajustada a la literalidad de la norma- en la redacción inicial del artículo 59.2 TRLCU la supletoriedad correspondería al régimen general sobre obligaciones y contratos contenido en la legislación civil, pues es el que se puede considerar régimen general aplicable a los contratos civiles y mercantiles.
- Ahora bien, la redacción de la norma planteaba una dificultad ulterior: ¿cabría sostener que la remisión también se hace no sólo al régimen general de contratos contenido en el Código civil sino también a las reglas generales sobre contratos que puedan contenerse en la legislación civil autonómica? Así había de entenderse, en efecto⁶, pues no sólo no parece que con esta disposición el Legislador estatal hubiese pretendido ordenar la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA para regular el régimen general aplicable a los contratos, sino que, por otra parte, el Legislador estatal no hubiera podido disponer

³ GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario al artículo 59”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coordinado por R. Bercovitz, 2009, pp. 759 y 760. También CÁMARA LAPUENTE, “Comentario al art. 59” en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por S. Cámara, 2011, pp. 477 y ss.

⁴ En este sentido, GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario al artículo 59”, cit., p. 759.

⁵ GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario al artículo 59”, cit., pp. 760 y 764.

⁶ Así también CÁMARA LAPUENTE, “Comentario al art. 59”, cit., pp. 482 y ss.

esta regulación con carácter general, más allá de lo que haya de entenderse por «bases de las obligaciones contractuales» (cfr. art. 149.1.8ª CE).

2.1.2. Nueva regulación: supletoriedad del «derecho común aplicable a los contratos»

En la nueva redacción del artículo 59.2 TRLCU se elimina la referencia a la supletoriedad de las disposiciones legales que regulan contratos civiles y mercantiles, que es sustituida por la remisión al «derecho común aplicable a los contratos». Varias son las consideraciones que merece esta reforma:

1ª. Ha de valorarse positivamente que se especifique que no todo el derecho de contratos es derecho supletorio, sino sólo aquel régimen contractual que pueda ser considerado derecho «común». En todo caso, éste era el entendimiento doctrinal del precepto en su redacción originaria⁷.

2ª. La redacción propuesta tiene la ventaja de eliminar algunas incertidumbres sobre cuál es el régimen supletorio de los contratos con consumidores, pues ya no cabe duda de que la remisión no se hace a la legislación mercantil, que no puede considerarse derecho común aplicable a los contratos.

3ª. Ahora bien, al igual que sucede con la redacción anterior del art. 59.2 TRLCU, la reforma plantea la cuestión de determinar si, junto al Derecho contractual general del Estado (el del Código civil), también las normas autonómicas generales sobre contratos constituyen fuente supletoria en el precepto reformado. La respuesta ha de venir dada por cuál sea el entendimiento del término «común». De acuerdo con la interpretación que consideramos correcta, el calificativo no aludiría al derecho general estatal (como opuesto al Derecho autonómico), sino al derecho general de contratos, donde está comprendido el autonómico, en la medida en que exista un espacio normativo en este ámbito que no constituya «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8ª CE). Consideramos que, igual que sucedía con la redacción anterior de la norma, la finalidad de la nueva regulación no es determinar la medida en que cabe o no cabe una regulación autonómica general sobre contratos.

4ª. Finalmente, obsérvese que la nueva norma no es enteramente redundante con respecto al art. 4.3 del CC, pues no sólo el Código Civil constituye derecho supletorio, sino también el derecho autonómico general sobre contratos, en la medida en que este

⁷ En este sentido, GARCÍA VICENTE, J.R., "Comentario al artículo 59", cit., p. 759; CÁMARA LAPUENTE, "Comentario al art. 59", cit., p. 477.

régimen autonómico pueda existir de acuerdo con la norma que rige la competencia para regular Derecho civil (art. 149.1.8ª CE).

2.2. TRLCU vs. legislación especial y legislación sectorial

2.2.1. Nuevas reglas sobre prelación de fuentes entre el Derecho general y especial/sectorial de consumo

El objeto de este apartado no es examinar el carácter *de maximis* o *de minimis* del TRLCU (lo que haremos en los epígrafes siguientes), sino analizar las nuevas reglas sobre prelación de fuentes que disciplinan la aplicación del TRLCU, la legislación especial y la sectorial. En su redacción originaria el artículo 59.2 TRLCU no contenía ninguna disposición relativa a la prelación entre la norma general contenida en el TRLCU y la ley especial y/o sectorial. El nuevo artículo 59.2 prevé la aplicación preferente de las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del Derecho de la Unión Europea de las que traigan causa. Esta regla de prevalencia aparece configurada como una excepción o matización a la regla antecedente, según la cual la regulación sectorial ha de respetar el nivel de protección dispensado en el TRLCU.

2.2.2. El TRLCU como régimen general de consumo desplazado por la legislación sectorial que transponga directivas de armonización plena

La nueva regla determina la prevalencia de las «disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa». Consideramos que con esta confusa expresión legal lo que se pretende es excluir la aplicación de la regla *de minimis* con respecto a aquellas normas internas que transpongan una directiva de armonización plena (como es, por ejemplo, la Directiva 2011/83, cfr. su art. 4). En la medida en que la norma comunitaria no permita que los Estados miembros determinen un mayor nivel de protección, es evidente que el TRLCU no puede ser considerado fuente primaria de regulación si protege al consumidor más de lo que lo hace la directiva objeto de transposición.

2.2.3. TRLCU vs. legislación especial y legislación sectorial

Al igual que en el precepto originario, el reformado contrapone el TRLCU -que contendría el régimen general de contratos con consumidores-, la legislación especial y la legislación sectorial. Interesa aclarar que el mandato sobre el carácter prevalente del

régimen de contratos del TRLCU que resulta del segundo inciso del artículo 59.2 no sólo ha de referirse a la legislación sectorial, sino también a la legislación especial que no sea sectorial, como sucede con la legislación autonómica no sectorial. Lo que viene a establecer el precepto es que el régimen contractual del TRLCU es aplicable en cualquier lugar y en cualquier sector, salvo que existan normas sectoriales (o especiales) que establezcan un nivel de protección superior (cfr. también art. 19.1 TRLCU, que la reforma mantiene), cuando ello sea posible, conforme al Derecho de la Unión Europea.

3. De minimis y de maximis

3.1. El mandato de minimis de la norma reformada

Al igual que la redacción actual del artículo 59.2 TRLCU (que, a su vez, refundió la disposición adicional segunda de la LCU derogada), la nueva regulación determina el carácter de minimis de la regulación sobre contratos contenida en el TRLCU, pretendiendo vincular al legislador especial y sectorial. Como correctamente se observó, sobre la redacción originaria, el legislador estatal futuro no está sometido a este límite⁸, que acaso vinculará al autonómico en la medida en que las normas contractuales del TRLCU deban ser consideradas bases de las obligaciones contractuales y, por tanto, adscritas a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª CE).

3.2. La prevalencia absoluta de normas sectoriales que transponen directivas de armonización plena

La novedad de la norma en esta materia se encuentra en la salvedad contenida en el último inciso del párrafo segundo del artículo 59.2: la preferencia de las disposiciones sectoriales respecto de aquellos extremos expresamente previstos en las disposiciones del Derecho de la UE de las que traigan causa. En el epígrafe anterior ya hemos comentado cuál ha de ser la correcta interpretación de la norma: la salvedad ha de entenderse referida a las disposiciones que transpongan directivas comunitarias de armonización plena. Varias son las consideraciones que sugiere esta novedosa regulación:

- De acuerdo con la nueva regulación, sólo será inaplicable el mayor nivel de protección que pueda reconocer el TRLCU cuando una disposición nacional haya establecido un nivel inferior por determinación expresa de una directiva comunitaria. En este caso, el nivel inferior de protección es de maximis por aplicación del Derecho de la UE.

⁸ Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R., "Comentario al artículo 59", cit., p. 760.

- Obsérvese, pues, que no basta con que se trate de una norma que transponga una directiva, sino que, además, se requiere que la directiva en cuestión disponga expresamente la improcedencia de un nivel de protección superior. Como es sabido, es lo que sucede con carácter general con la Directiva 2011/83 (cfr. su art. 4⁹), con la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo (cfr. su art. 22¹⁰), directivas estas últimas que ya no son de mínimos, como las anteriores¹¹ (aunque en alguna de ellas esta libertad de los Estados es temporal o está amenazada de una armonización futura complementaria)¹², sino de armonización plena.
- En nuestra opinión, pese al tenor literal de la nueva regulación, la disposición de transposición de la directiva de armonización plena no ha de consistir necesariamente en una norma sectorial, pues, por ejemplo, puede tratarse de una norma general de contratos con consumidores que se encuentre contenida en el TRLCU. Es lo que ha sucedido con el reformado artículo 60, que transpone el artículo 5 de la Directiva 2011/83, que es de armonización plena. Lo mismo se puede decir de los nuevos artículos 60 ter, 66 bis, 66 ter y 66 quáter.
- En todo caso, la seguridad jurídica exigiría que más allá de una declaración general como la contenida en el precepto comentado, sea la propia norma de transposición la que establezca su condición de norma de maximis, lo que, por ejemplo, no sucede con los nuevos artículos 60, 60 ter, 66 bis, 66 ter y 66 quáter, que transponen la Directiva 2011/83, que es de armonización plena.

⁹ Art. 4. Nivel de armonización. Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva.

¹⁰ Art. 22. Armonización y carácter obligatorio de la presente Directiva. 1. En la medida en que la presente Directiva establezca disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan

¹¹ Por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas (cfr. su art. 8); la Directiva 1999/44/CE, sobre garantías de los bienes de consumo (cfr. su art. 8), etc.

¹² Por ejemplo, la Directiva 2002/65/CE, de comercialización a distancia de servicios financieros, donde se permite que los Estados introduzcan disposiciones más estrictas sobre los requisitos de información previa hasta que tenga lugar una armonización suplementaria (cfr. su art. 4.2); la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, hasta que transcurra el plazo establecido en su art. 3.5, etc.